

Een databank voor straftoemeting

mr. A.H.J. Schmidt*

Inleiding

Door empirici (bij voorbeeld Berghuis, 1992) wordt periodiek vastgesteld dat er verschillen bestaan in de straftoemeting van verschillende rechtbanken. De pers besteedt er dikwijls ruime aandacht aan en biedt toonaangevende juristen de gelegenheid commentaar te leveren. Daarin komen niet zelden de volgende vijf punten naar voren:

- methodologische kanttekeningen bij de kwaliteit van het onderzoek;
- de constatering dat elk geval verschillend is en dat de straftoemetingsverschillen daaraan kunnen worden toegeschreven;
- de suggestie dat een speciale straftoemetingskamer moet worden ingericht om ongerechtvaardigde verschillen te voorkomen;
- de suggestie dat een straftoemetingsdatabank moet worden ingericht om ongerechtvaardigde verschillen te voorkomen;
- de overweging dat mechanische, gelijkvormige straftoemeting niet aanvaardbaar is en onrecht doet aan de (staatkundige) objectief individualiserende taak van de rechterlijke macht.

De gevoerde discussies maken duidelijk dat verschillen in straftoemeting bij vergelijkbare gevallen een probleem vormen dat een zekere onrust teweegbrengt. Het probleem wordt in de vijf genoemde punten verschillend benaderd. Globaal kan een tweedeling worden aangebracht: er wordt uitgelegd dat het probleem helemaal niet bestaat (het

* De auteur is werkzaam bij de afdeling Recht & Informatica en bij het facultair onderzoekscentrum Recht en Beleid, beide van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Leiden.¹

onderzoek deugt niet, elk geval is uniek) ofwel er wordt op zoek gegaan naar oplossingen, omdat men vindt dat het probleem wel bestaat (databank, straf-toemetingskamer). Daarbij is niet elke voorgestelde oplossing aanvaardbaar. Argumenten culminerend steevast in de vragen of het gelijke wel gelijk is en wat er van de individualisering overblijft.

Deze beschouwing gaat over de vraag of een straftoemetingsdatabank als remedie erger is dan de kwaal. We aanvaarden derhalve de vooronderstelling dat er inderdaad verschillen bestaan in straftoemeting bij vergelijkbare gevallen. We achten die veronderstelling aannemelijk, omdat de uit onderzoek gebleken verschillen, ondanks de methodologische bezwaren daartegen, toch een indicatie geven van de werkelijk bestaande verschillen. Bovendien hebben leden van de rechterlijke macht, onder auspiciën van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, een Werkgroep Straftoemeting ingericht om het probleem van de ongelijkheid in straftoemeting aan te pakken. Het bestaan van deze werkgroep wijst erop dat het probleem binnen de rechterlijke macht serieus wordt genomen.

Ten slotte pleit een analytisch argument voor het bestaan van verschillen. Straftoemetingsbeslissingen worden niet of nauwelijks verantwoord in gepubliceerde vonnissen, terwijl geen eensgezindheid bestaat over gezaghebbende straftoemetingsmethoden in de rechtsgelerde literatuur. Tenzij de rechterlijke macht collectief is gezegend met ongebruikelijk krachtige telepathische gaven zijn er verschillen, omdat voor beleid noodzakelijke *gemeenschappelijke* kennis geen kans heeft gekregen tot ontwikkeling te komen.

De discussie over verschillen in straftoemeting vindt plaats in een samenleving met groeistruipen. Het rechtssysteem moet daarin zien te overleven. De overlevingskansen worden voornamelijk bepaald door het vertrouwen dat de samenleving heeft in het rechtssysteem. De straftoemeting biedt van oudsher een herkenbaar aanknopingspunt voor de oordeelsvorming van het brede publiek over het gehele rechtssysteem. Het is derhalve van belang dat alle *niet-vanzelfsprekende* keuzen en toemetingen van straf op een begrijpelijke wijze worden toegelicht, niet alleen aan de veroordeelde, maar ook aan de samenleving.

In onze vraagstelling bezien we de wenselijkheid van een straftoemetingsdatabank vanuit het

maatschappelijk vertrouwen in de rechterlijke macht. We nemen als uitgangspunt dat het de taak van de rechterlijke macht is om in individuele gevallen het positieve recht op een objectieve wijze te concretiseren.

In de maatschappelijke discussie over straftoemeting wordt de rechterlijke taakopvatting veelal beoordeeld in termen van adagia en beginselen. Twee bekende voorbeelden daarvan zijn:

– *Het gelijke gelijk*

Dit gelijkheidsbeginsel is een leidend uitgangspunt van de liberale rechtsstaat (art. 1 Gw). Het wordt in de straftoemetingdiscussie veel en graag gebruikt, niet alleen positief zoals in de voorbeelden die Leyten (1989) aanvoert, maar ook negatief zoals de in de door Kelk (1992) voorspelde verengende werking.

– *Ieder het zijne*

Dit individualiseringsbeginsel is eveneens een leidend uitgangspunt van de straftoemeting in het Nederlandse strafrecht. Het komt onder meer tot uitdrukking in de grote marges die over het algemeen bestaan tussen wettelijk toegelaten strafminima en -maxima en in de formulering van de artt. 351 en 359 Sv. Natuurlijk zijn de omvangrijke marges ook een blijk van het vertrouwen van de wetgever in de rechterlijke macht.

Deze twee beginselen spelen een centrale rol in veel straftoemetingdiscussies. Volgens velen staan zij op gespannen voet: het streven naar gelijkheid maakt individualisering problematisch en omgekeerd.

Theoretisch kan de tegenstelling tussen gelijkheid en individualisering echter worden opgeheven. Daarbij gaan we uit van de hypothese van volledige kennis. Dat wil zeggen, dat wordt aangenomen dat bij een bepaald type misdrijf *alle mogelijke* combinaties van *alle mogelijke* gradaties van *alle mogelijke* relevante individuele omstandigheden bekend zijn, alsmede de daarbij behorende straffen en motiveringen.

Hieronder zullen wij laten zien dat het, onder de hypothese van volledige kennis, mogelijk is om bij de straftoemeting zowel recht te doen aan gelijkheid als aan individualiteit. Vanuit dit gezichtspunt berust de tegenstelling tussen gelijkheid en individualiteit derhalve op een gebrek aan kennis.

In verband met de twee bovengenoemde beginselen, wordt in de discussie over straftoemeting regelmatig de zegswijze gebruikt: niet meten, maar wegen. Het is een beknopte verwoording van de opvatting dat bij de straftoemeting zoveel onvoorspelbare, ongelijksoortige en individuele omstandigheden (naar feit en naar persoon van de dader) moeten worden meegewogen, dat daarvoor geen eenduidige recepten *kunnen en mogen* worden gegeven. Dit neemt niet weg dat pogingen worden gedaan bedoelde omstandigheden wel te identificeren. Dit gebeurt bij voorbeeld door (gemengde) straftoemetingstheorieën (Kelk, o.c.), door internationale rechtsvergelijkingen (Zweedse wetgeving, Amerikaanse richtlijnen) en door het onderscheiden van gradaties in straf- en schuldsluitingsgronden (Frijda, 1992).

Het onderscheid tussen *meten* en *wegen* kan met de hypothese van volledige kennis niet bevredigend worden benaderd. Het onderscheid ontleent immers zijn betekenis aan het inzicht dat enerzijds niet alle combinaties van relevante factoren bekend *kunnen* zijn, terwijl anderzijds wordt aangenomen dat goede rechters in staat zijn boven receptmatig handelen uit te stijgen wanneer het gaat over complexe problemen, waarover niet alles bekend is en waarover toch een beslissing moet worden genomen. We hebben het vermoeden dat 'meten' en 'wegen' naar wezenlijk van elkaar te onderscheiden kennismodaliteiten refereren, die tot de kern worden gerekend van behoorlijke straftoemeting. Om Habermas' (Kunnenman, 1985) terminologie te lenen, verwijst 'meten' hier naar (empirische) *waarheid* en 'wegen' naar (normatieve) *juistheid* of (persoonlijke) *waarachtigheid*. Wij zullen de vraag om welk type kennisgebrek het bij de straftoemeting gaat proberen te beantwoorden en daaraan de stelling verbinden dat juridische *vakkennis* op het gebied van de straftoemeting ontbreekt.

Deze stelling wordt vervolgens geconfronteerd met eerder, door anderen uitgevoerd, onderzoek. De conclusie luidt dat geen van de onderzoeksresultaten in strijd is met de stelling van ontbrekende vakkennis. Ten slotte schetsen we een programma met behulp waarvan de kennislacune kan worden opgevuld en geven we, mede aan de hand van de te verwachten neveneffecten, argumenten waarom een databank-benadering vooralsnog de voorkeur

verdient boven de instelling van een speciale straftoemingskamer en boven het bieden van meer ruimte aan een contradictoire straftoemingsprocedure.

Het gelijke gelijk en ieder het zijne

Uitgaande van de hypothese van volledige kennis bij de straftoemeting is het mogelijk om het gelijkheidsbeginsel met het individualiseringsbeginsel te verzoenen. Volledige kennis stellen we ons daarbij voor in de vorm van drie aan elkaar gerelateerde tabellen. De eerste bevat een opsomming van alle mogelijke combinaties van relevante factoren betreffende de omstandigheden van het gepleegde feit en van de dader(s). De tweede bevat de bijbehorende straffen en maatregelen. In de derde zijn de bijbehorende legitimerende argumenten in gewoon Nederlands opgenomen. Alle straftoemingskennis kan zo worden vastgelegd. Het individualiseringsbeginsel wordt gerespecteerd door met alle verschillende omstandigheden rekening te houden, terwijl het gelijkheidsbeginsel wordt gerespecteerd door elke keer dezelfde (bijbehorende) straf te geven, wanneer dezelfde combinatie van omstandigheden is geconstateerd. Het motiveringsbeginsel kan worden gerespecteerd door te verwijzen naar de bijbehorende argumenten.

Dit gedachtenexperiment maakt duidelijk dat een straftoemingsdatabank theoretisch niet onmogelijk is. Daarin zou men de tabellen immers kunnen opnemen en toegankelijk maken. Met behulp daarvan zou recht kunnen worden gedaan aan genoemde beginselen terwijl, wanneer de opvattingen over straftoemeting zich wijzigen, de wijzigingen onmiddellijk in de tabel kunnen worden opgenomen. Wanneer nieuwe omstandigheden van belang worden geacht, kunnen die aan de databank worden toegevoegd. De huidige stand van de automatiseringstechniek lijkt aan dit alles niet in de weg te staan. Waarom beschikt de rechterlijke macht eigenlijk niet allang over een dergelijk instrument?

Het probleem is, dat de hypothese van volledige straftoemingskennis volstrekt niet realistisch is voor de Nederlandse rechtspraktijk. De staatsrechtelijke positie van individuele rechters wordt gekenmerkt door onafhankelijkheid, zowel van wetgever en bestuur, als onderling. Met andere woorden: de vraag

welke straf *behoort* bij een combinatie van factoren wordt bepaald door individuele rechters, die zich in beginsel niets hoeven aan te trekken van elkaars straf-toemetingsopvattingen.

De hypothese van volledige straftoemetingskennis is in dit opzicht alleen houdbaar door elke individuele rechter mede als strafbepalende factor te beschouwen. Dit is theoretisch geenszins onmogelijk. Juridisch gezien, is het evenwel onjuist om de persoonlijkheid van de rechter zonder meer als strafbepalende factor te aanvaarden. Van de rechter wordt gevraagd met de omstandigheden van het geval rekening te houden, niet met zijn persoonlijke voorkeuren. Het gedachtenexperiment laat zien dat in de Nederlandse rechtspraktijk gemeenschappelijke straftoemetingskennis (die relevante omstandigheden aan bijbehorende straffen verbindt en motiveert) ontbreekt. Daarmee verdwijnt niet alleen het idee van een *gezaghebbende* straftoemetingsdatabank achter de horizon. Ook het idee van een straftoemetingspraktijk die recht kan doen aan de beginselen van gelijkheid, individualisering en motivering moet het ontgelden.

Wanneer een rechter iemand van afwijkend ras of geloof bestraft en hij neemt zich voor daarbij niet te discrimineren, kan hij niet anders dan bij toeval in zijn opzet slagen omdat hij onder de gegeven omstandigheden *niet weet* wat de normale toegemeten straf is en omdat hij dat ook niet te weten kan komen. De stelselmatige formulering van toegespitste motiveringen ontbreekt in de gepubliceerde jurisprudentie, die in dit opzicht derhalve geen inhoudelijke precedentwerking heeft. Het is onder deze omstandigheden niet verwonderlijk dat empirisch onderzoek moeilijk aanvaardbare verschillen laat zien.

Niet meten, maar wegen

Het is mogelijk om de bestaande motiveringsgewoonten niet zozeer toe te schrijven aan een gebrek aan kennis, maar aan de omstandigheid dat rechters in individuele gevallen op basis van *intuïtie* strafsoorten selecteren, strafhoogten bepalen en vergelijkingsmateriaal beoordelen. Intuïtieve besluiten onttrekken zich goeddeels aan rationele verantwoording, omdat degene die dergelijke besluiten neemt noch bewuste toegang heeft tot de omstandigheden die hebben meegewogen, noch tot de wijze van

afwegen. Het probleemoplossend gedrag van experts, dat lijkt te berusten op ervaring en dus tenminste voor een deel bestaat uit aangeleerde vaardigheden, wordt ook gekenmerkt door intuïtieve besluiten die meestal goed uitpakken. Dit soort expertise vindt plaats op de meest uiteenlopende terreinen (schaken, medische diagnose, het blussen van brandende oliebronnen, fiscale adviezen). Misschien zijn rechters experts in deze zin.

Een experiment

In het kader van zijn onderzoek naar het beleid op het gebied van de voorwaardelijke invrijheidstelling hebben wij materiaal verzameld, dat opnieuw kan worden gebruikt om nader in te gaan op de vraag in hoeverre rechters intuïtieve beslissingen nemen en welke rol kennis daarbij speelt (Schmidt en Van den Herik, 1990). Zeven leden van de penitentiaire kamer van het gerechtshof te Arnhem namen aan het onderzoek deel. Er werd een summiere beschrijving gegeven van drie casusposities, waarna aan de rechters werd gevraagd om:

- op basis van deze summiere gegevens een beslissing te nemen;
- indien nodig geacht, additionele, door hen relevant geachte omstandigheden van het geval op te vragen;
- een definitieve beslissing te nemen.

Eén van de casusposities paste in een eerder door de penitentiaire kamer geformuleerd beleid; van de andere twee waren de omstandigheden zo uitzonderlijk, dat er nog geen beleid over was geformuleerd.

– Beslissing op grond van summiere gegevens

Een ex-gedetineerde wil dat zijn voorwaardelijke invrijheidstelling wordt ingetrokken en dat zijn detentie wordt hervat. Hij zegt een misdrijf te zullen begaan wanneer dat niet gebeurt. Trekt u de voorwaardelijke invrijheidstelling in? (Geen beleid bekend).

Een gedetineerde wacht tbs zodra hij voorwaardelijk in vrijheid wordt gesteld. Hij vreest de tbs zeer en dreigt met zelfmoord. Verleent u de voorwaardelijke invrijheidstelling? (Geen beleid bekend).

Een gedetineerde werd veroordeeld wegens zware mishandeling van zijn (ex)vrouw. De laatste ontvangt briefkaarten met bedreigende teksten. Vooralsnog kan niet worden bewezen dat de briefkaarten afkomstig

zijn van de gedetineerde. Stelt u deze voorwaardelijk in vrijheid? (Beleid bekend).

– *Additionele omstandigheden van het geval vragen*

Voor elk geval was een schema met tientallen verschillende relevant te achten omstandigheden voorbereid. De rechters vroegen naar maximaal twee daarvan. De rechters wekten de indruk over op ervaring gebaseerde expertise te beschikken aan de hand waarvan ze ontbrekende informatie over relevante aspecten van de persoon van de dader voor zichzelf aanvulden; de weergegeven personages leken door de rechters te worden 'herkend'. In geen enkel geval veranderde de oorspronkelijke beoordeling op grond van de additioneel gevraagde informatie.

– *Definitieve beslissing nemen*

Over de casuspositie waarvoor een beleidslijn beschikbaar was (in casu: geen weigering van voorwaardelijke invrijheidstelling op basis van een strafrechtelijke verdenking waarvoor geen vervolging door het O.M. is ingesteld), gaven alle rechters dezelfde beslissing. Over de casusposities waarvoor geen beleid was gepositieerd verschilden de rechters maximaal van oordeel.

Dit experiment geeft informatie over beslissingen tot voorwaardelijke invrijheidstelling. Dit zijn geen straftoemetingsbeslissingen, al vertonen ze daarmee enige analogie. Bovendien rechtvaardigt het beschreven onderzoeksmateriaal geen statistische generalisering; daarvoor is de hoeveelheid te gering. Het materiaal is evenwel niet waardeloos: alle leden van de penitentiaire kamer namen deel aan het experiment; veel meer valt niet te bereiken. We zien ons geplaatst in een positie die vergelijkbaar is met die van straftoemetende rechters: we moeten het doen met de kennis die er is, ook al is het weinig.

Kennismodaliteiten

Het experiment maakt aannemelijk dat bij de beslissingen omtrent voorwaardelijke invrijheidstelling en, naar analogie hiermee, bij de straftoemeting de volgende soorten kennis een rol spelen:

– *Ervaringskennis* ten aanzien van de benoeming en waardering van persoonlijke omstandigheden van de

verdachte en ten aanzien van zijn waarachtigheid waar het zijn motieven en voornemens betreft. Dit type kennis lijkt sterk op de bovenbeschreven, deels intuïtieve expertise. De *waarachtige*, innerlijke overtuiging van de rechter speelt een doorslaggevende rol (zoals uiteindelijk ook bij het strafrechtelijk bewijs). Zekerheid (in de zin van objectieve, empirische waarheid) is hier meestal moeilijker bereikbaar. Vaak moet worden afgegaan op verklaringen van deskundigen en hulpverleners die een vertrouwensrelatie met de betrokkene in stand pogen te houden, zodat *dubieuze zaken* zo nu en dan onvermijdelijk zijn.

– *Vakkennis* ten aanzien van gepositieerd straftoemingsbeleid. Onder vakkennis verstaan we de kennis die een beroepsgroep gemeenschappelijk als basiskennis erkent, die door literatuur- en praktijkstudie kan worden verworven en die via onderzoek en de evaluatie ervan kan worden vergroot. Hier is *empirische zekerheid* praktisch bereikbaar, tenminste wanneer een cultuur bestaat waarin normatieve richtlijnen en beleidsbeslissingen worden gepubliceerd (en beschikbaar komen voor discussie, zodat erop kan worden voortgebouwd) in de termen van een gemeenschappelijk begrippenapparaat, *wat in feite niet het geval is*.

– *Verantwoordelijkheid* ten aanzien van ‘open’ vraagstukken waarover (nog) geen vakkennis bestaat. Noch empirische zekerheid, noch innerlijke overtuiging zijn hier de doorslaggevende criteria voor een beslissing, maar de verdedigbaarheid ervan in termen van maatschappelijke juistheid, zo men wil van rechtvaardigheid. Verantwoordelijkheid in deze zin vraagt van de rechter kennis over zijn eigen maatschappelijke rol ten aanzien van de sociale structuren die gezamenlijk een rechtsstaat vormen.

De drie genoemde kennismodaliteiten sluiten nauw aan op de indelingen die Habermas gebruikt om sociale ontwikkeling in termen van rationaliteit te beschrijven (ervaringskennis-waarachtigheid; vakkennis-waarheid; verantwoordelijkheid-juistheid). De *verhouding* tussen de verschillende, steeds gezamenlijk te beschouwen rationaliteitscriteria speelt daarbij een rol. Ten aanzien van de huidige straftoemingspraktijk kan worden opgemerkt dat ervaringskennis en verantwoordelijkheid zeker voorhanden zijn, dat evenwel van vakkennis nauwelijks sprake

kan zijn omdat deze niet wordt gepubliceerd. Is deze observatie juist, dan vormt deze een serieus te nemen indicatie voor de verwachting dat de vergroting van de beschikbaarheid van vakkennis de *rationaliteit* van de straftoemingspraktijk zal verhogen.

Eerder is gesteld dat de gemeenschappelijke straf-toemingskennis die noodzakelijk is voor het ontstaan van een beleid, ontbreekt. Bovenstaande overwegingen leiden tot precisering: het gaat om ontbrekende vakkennis over straftoemeting. De hypothese dat in de Nederlandse strafrechtpraktijk straffen worden toegemeten zonder dat de voorwaarden zijn geschapen waaronder de beslissers de daarvoor benodigde gemeenschappelijke kennis ontwikkelen en verder uitbouwen, leidt tot de verstrekkende vervolghypothese dat vakkennis op het gebied van de straftoemeting thans in Nederland *niet bestaat*. Alvorens onze aandacht te richten op de vraag hoe genoemde voorwaarden kunnen worden verwezenlijkt, onderzoeken we of eerdere onderzoeksresultaten met de laatstgenoemde hypothese in strijd zijn.

Een kennislacune

Onder vakkennis over straftoemeting verstaan we expliciet geformuleerde, door de rechterlijke macht erkende richtlijnen voor de gemotiveerde formulering van straffen in strafzaken. We achten de stelling dat deze kennis niet bestaat onhoudbaar, wanneer:

- in het juridische onderwijs dergelijke kennis wordt aangeboden;
- empirisch onderzoek laat zien dat in het merendeel van de vergelijkbare gevallen gelijke straffen worden opgelegd;
- binnen de beroepsgroep overeenstemming bestaat over de vrijheid van individuele rechters om naar eigen overtuiging de strafmaat te bepalen, zonder deze in een vonnis zodanig te verantwoorden dat deze vrijheid aanvechtbaar wordt in hoger beroep. Op de hierboven genoemde drie punten gaan wij in het onderstaande iets uitgebreider in.

Ons is slechts één poging bekend om bedoelde vakkennis in het onderwijs aan te bieden: het straf-toematingsmodel van Hulsman (De Mulder, 1984). Dit model heeft zich echter nimmer mogen verheugen in een door de gehele of zelfs maar een belangrijk gedeelte van de rechterlijke macht gedeelde geldigheidserkenning. Voor het overige bestaat de aan rechtenstudenten aangeboden straftoematingskennis uit legitimeringstheorieën, waarvan de gemengde variant wel degelijk lijkt te worden onderschreven door een belangrijk deel van de rechterlijke macht. Helaas zijn deze theorieën onvoldoende eenduidig en concreet om als straftoematingsmodel voor de praktijk te fungeren. We achten hen eerder van belang als richtlijnen bij de *rechtsvormende* straftoematingsbeslissingen in 'open' gevallen. Onder 'open' gevallen verstaan we dan die gevallen waarvoor geen beleid bekend is en waaraan, na beargumenteerde behandeling en publikatie, conform de rechtsgeleerde traditie *precedentwerking* kan worden ontleend.

Empirisch onderzoek

Er is een overweldigende hoeveelheid statistisch onderzoek gedaan naar de relevantie en het gewicht van feitelijke en persoonlijke omstandigheden voor straftoemeting (Schmidt en De Koning, 1992, voor een lijst van referenties). Deze onderzoeken resulteren in de identificatie van *significante* factoren en in de schatting van het gewicht dat deze factoren in de schaal plegen te leggen. Tezamen kunnen de relevante factoren en hun gewichten worden opgevat als een rekenkundig model voor straftoemeting. De aldus gevonden modellen zijn evenwel nimmer voldoende nauwkeurig om (zelfs maar achteraf) te kunnen worden uitgelegd als beschrijvingen van de wijze waarop de rechterlijke macht straffen toemeet. Deze resultaten kunnen op verschillende wijzen worden uitgelegd. Eén, extreme, verklaring geeft de lezing dat de statistische modellen niet deugen omdat ze bedoelde vakkennis (waarvan het bestaan alsdan wordt aangenomen) q.q. onjuist representeren. Een ander uiterste geeft de lezing dat de modellen niet kunnen deugen omdat bedoelde vakkennis ontbreekt en derhalve niet te modelleren valt.

Een in dit verband interessant empirisch onderzoek is verricht door Vollbehr in samenwerking met de Werkgroep Straftoemeting van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (Vollbehr, 1990). Het betreft de inrichting van een experimentele databank ten behoeve van de Werkgroep. Daarin werden 830 straftoemetingsbeslissingen over diefstalzaken (inclusief relevant geachte factoren) gecodeerd. De resulterende databank werd aan de leden van de Werkgroep ter beschikking gesteld als referentiekader voor nieuwe straftoemetingsbeslissingen bij diefstalzaken. De opgelegde straffen bij vergelijkbare gevallen konden ermee worden gezien.

De resulterende databank bleek in de praktijk niet te voldoen, deels vanwege technische beperkingen (gebruiksgemak en gebruiksduur), deels omdat er geen verbaal geformuleerde gevalsbeschrijvingen en argumenten beschikbaar werden gesteld, maar niet omdat de *a priori* ten behoeve van de databank als relevant gedefinieerde omstandigheden irrelevant werden geoordeeld. De onvrede van de leden van de Werkgroep met dit instrument kan niet goed worden verklaard door het ontbreken van vakkennis *tout court*. De opstellers waren zelf rechters en het enkele feit dat zij hun inzichten beschikbaar stelden voor de ordening en het in kaart brengen van ontbrekende straftoemetingsinformatie geeft een aanwijzing dat zij van oordeel zijn gedeeltelijk over vakkennis ten aanzien van straftoemeting te beschikken, zij het dat ze tegelijkertijd een kennislacune ervaren. Bekend verondersteld werden de relevante factoren, gezocht werd naar de gewichten van die factoren.

Hiermee staan we voor een dilemma. De resultaten van de databank rechtvaardigen geenszins de verwerping van de hypothese. Anderzijds laat Vollbehr's experimentele databank zien dat er binnen de rechterlijke macht gemeenschappelijke kennis over straftoemeting bestaat. We lossen het dilemma op door vast te stellen dat deze niet onder onze definitie van vakkennis valt. De bovenbedoelde intersubjectieve kennis over de identificatie van relevante omstandigheden rekenen we tot het soort expertise dat is gebaseerd op vergelijkbare ervaring en daardoor voor een deel gemeenschappelijk is. Dergelijke gemeenschappelijke ervaringskennis achten we geschikt om te worden geobjectiveerd in vakkennis. Een andere indicatie voor het verschijnsel dat intersubjectieve expertise kan overgaan in

vakkennis lezen we uit de lokale ontwikkeling van straftoemeteringsrichtlijnen binnen rechtbanken (bij voorbeeld ten aanzien van art. 26 WvW binnen de rechtbank Arnhem).

Individuele expertise en verantwoordelijkheid

Het ontbreken van gepositiveerde vakkennis over straftoemetering is natuurlijk bekend binnen de rechterlijke macht en binnen de strafrechtswetenschap, al wordt het zelden bij deze naam genoemd. Het zou onjuist zijn om de indruk te wekken dat bedoelde lacune over het algemeen als een gemis wordt ervaren. Integendeel. Er is een belangrijke stroming binnen de rechterlijke macht en binnen de rechtswetenschap die gevaren ziet in de ontwikkeling van vakkennis in de hier bedoelde zin. Hiervan is Kelk een vooraanstaand pleitbezorger: '... En dat betekent, dat zowel O.M. als rechter per geval weloverwogen het meest adequate strafrechtelijke antwoord op de daad zullen moeten bedenken, mede naar aanleiding van hun bevindingen op de zitting en alles wat zich daar heeft afgespeeld. De ware kunst, de *ars aequi*, richt zich niet in de eerste plaats op de vraag wat de gelijkheid in deze betekent, maar veeleer op het problematische en bijzondere karakter van het geval.' (Kelk, o.c., p. 117.)

We zijn van oordeel dat de geciteerde stelling gedeeltelijk berust op een onjuiste aanname. We doelen hierbij niet op de gewetensvolle en individualiserende afwegingen die goede rechters bij de straftoemetering maken, maar op de enigszins verborgen aanname dat alleen deze werkwijze tot nauwkeurige en verfijnde, op het geval toegesneden straftoemeteringsbeslissingen leidt. De prozaïsche vaststelling dat de straftoemetering in bijna alle gevallen resulteert in 'ronde' getallen (zie, bij voorbeeld, Van Veen e.a., 1982, bijlage D), valt moeilijk met deze aanname te verenigen. Voorts menen we dat de rechtspositie van veroordeelden meer is gebaat bij concrete, voor discussie en beroep vatbare strafmotiveringen dan bij de abstracte verzekering dat rechter en O.M. een en ander gewetensvol hebben afgewogen.

Deze overwegingen nemen niet weg, dat we de indruk hebben dat Kelk's opvatting binnen de rechterlijke macht vrij algemeen wordt aanvaard. Zeker in voldoende mate om de hypothese dat vakkennis op het gebied van de straftoemetering in

Nederland niet bestaat *prima facie* te falsificeren. Bij nadere beschouwing is deze conclusie onjuist. Wat er gebeurt is niet dat het ontbreken van bedoelde kennis wordt ontkend, maar wordt bevestigd: het ontwikkelen van dergelijke kennis wordt als schadelijk voor de kwaliteit van de *ars aequi* beoordeeld. We delen deze opvatting niet en maken bij onze argumentatie opnieuw gebruik van Habermas' begrippenapparaat.

Gedeeld begrip

In de afgelopen decennia is een verandering opgetreden in de vertrouwensrelaties tussen burgers en gezagsdragers, tussen cliënten/patiënten en professionele deskundigen. Die verschuiving kan worden getypeerd als verlopend van vertrouwen in de goede bedoelingen van gezagsdragers en deskundigen naar vertrouwen in de door hen aangevoerde argumentatie, van strategische interactie (gericht op het bereiken van een individueel doel) naar communicatie gericht op gedeeld begrip. Dit impliceert een enigszins utopistisch getinte algemeen maatschappelijke ontwikkeling. Individuele doelen worden vervangen door één gemeenschappelijk doel, het gedeelde begrip.

Los van de vraag of dit ideaal (buiten de wetenschap) nastrevenswaard is, menen we dat het uitgangspunt van gedeeld begrip als communicatiedoel wel erg veel gevraagd is van de betrokkenen in het strafproces. Hier nemen we dan ook afstand van Habermas: het door hem gepropageerde begrippenapparaat lijkt nuttig voor de analyse van kennismodaliteiten die een rol spelen in de communicatie; zijn ideale communicatiemaatschappij veronderstelt een gemeenschappelijke besmetting met goede wil die in strijd is met de dagelijkse strafrechtspraktijk. Ongelukkig genoeg is ons geen analyse bekend van communicatieverhoudingen tussen participanten waarvan de een gedeeld begrip nastreeft (in de hulpverlening vaak als *conditio sine qua non* opgevat) en de ander een strategische opstelling kiest.

We nemen aan dat de vertrouwensrelatie tussen burgers en gezagsdragers mede is veranderd onder druk van een sterk toegenomen administratiefrechtelijke overheidsbemoeienis, waardoor enerzijds de morele fundering van veel rechtsregels niet meer vanzelfsprekend is, terwijl anderzijds het kennen en het strategisch hanteren van deze regels een bron van

inkomsten kan zijn. In toenemende mate wordt een calculerende overheid geconfronteerd met een calculerende burger, en om dit type communicatie goed te laten verlopen achten wij vakkennis een belangrijk ingrediënt.

We zijn van oordeel dat de communicatie gedurende het strafproces het beste kan worden geanalyseerd als de confrontatie van de strategische opstellingen van verdachte, O.M. en rechters. De straftoemeting speelt zich (ook vanuit staatkundig perspectief) binnen deze context af. In onze opvatting speelt gedeeld begrip als praktisch uitgangspunt een belangrijke rol bij de hulpverlening (tijdens en na het strafproces) en berust de opvatting dat vakkennis op het gebied van de straftoemeting schadelijk zou zijn op het ook op staatsrechtelijke gronden moeilijk vol te houden uitgangspunt dat de rol van de strafrechter gedeeltelijk overeenkomt met die van hulpverlener.

Met de ontwikkeling van vakkennis op het gebied van de straftoemeting moet dan ook zo spoedig mogelijk een begin worden gemaakt. Met Kelk zijn we van oordeel dat een te uniformerende werking ervan, die denkbaar is, moet worden vermeden. Zoals hierboven uiteengezet, behoort dat zeer wel tot de mogelijkheden.

Het slagveld overziend stellen we vast, dat onze globale analyse van onderzoeksresultaten op het gebied van de straftoemeting niet heeft geleid tot de falsificatie van de gewraakte hypothese. Wel is het vermoeden gerechtvaardigd dat de intersubjectiviteit van straftoemetingsexpertise waar het de relevantie van factoren betreft hoopgevend is voor degenen die de ontwikkeling van gepositieerde straftoemetingsvakkennis nastreven. Een belangrijke groepering binnen rechterlijke macht en rechtswetenschap komt evenwel tot een afwijzend oordeel over de wenselijkheid deze lacune op te vullen. We delen deze opvatting niet en menen voldoende argumenten te hebben aangevoerd om nader onderzoek te rechtvaardigen naar een programma, dat zoveel mogelijk tegemoet komt aan Kelk's bezwaren tegen uniformering, terwijl toch de gewraakte kennislacune wordt verkleind.

Voor het ontwikkelen van bedoelde vakkennis is communicatie binnen de rechterlijke macht noodzakelijk. Aan de hand daarvan kan een gemeenschappelijk begrippenapparaat worden ontwikkeld (c.q. geverifieerd), zodat een beleid kan ontstaan. De daarvoor benodigde informatie is in gepositieerde vorm niet beschikbaar, en zeker niet in een voor individuele rechters *gezaghebbende* gepositieerde vorm (zie Kelk, o.c., p. 121). Toch zijn het juist rechters die deze informatie nodig hebben en zijn het juist rechters die deze informatie (tenminste voor elkaar) beschikbaar moeten maken.

De enige weg daartoe lijkt een discussie binnen de rechterlijke macht over de relevantie van omstandigheden en over de passendheid van straffen. Uitwisseling tussen rechters van omstandigheden, opgelegde straffen en straftoemingsredenen kan bedoelde discussie enten op de bestaande, vooralsnog diffuse *straftoemingspraktijk*. Tenzij we aanvaarden dat vakkennis op het gebied van de straftoemeting *ex cathedra* wordt ontwikkeld door een hoger of gespecialiseerd hof, dienen we de voorwaarden te scheppen waaronder deze informatie-uitwisseling kan plaatsvinden.

Als we deze lijn doortrekken in de richting van een databank, gaat aan de mogelijkheid van een *gezaghebbende* straftoemingsdatabank derhalve de verwezenlijking van een *registrerende en informerende* straftoemingsdatabank vooraf. Met behulp daarvan zouden rechters kennis kunnen inbrengen over, en kennis kunnen nemen van, de redenen die thans feitelijk binnen de rechterlijke macht worden gehanteerd voor het toemeten van straf. Aan de hand daarvan kan, in een discussie binnen de rechterlijke macht, een gemeenschappelijk begrippenapparaat voor aanvaardbare – en dus: bekritiseerbare – straftoemingswerkwijzen ontstaan. Deze kunnen in een later stadium weer worden benut voor het formuleren en publiceren van aan gezag winnende en meer algemeen toegankelijke juridische vakkennis op het gebied van de straftoemeting.

Tegen het hier voorgestelde programma zijn principiële en praktische bezwaren aan te voeren: het programma voorziet op het eerste gezicht immers in een *geheime* discussie tussen rechters op een gebied waar een openbare discussie niet heeft kunnen

opbloeien. Beide bezwaren kunnen worden weerlegd, wanneer wordt ingezien dat het vooralsnog gaat om een instrument dat vooral bedoeld is ter ondersteuning van de beraadslagingen in de raadkamer, waarvoor derhalve het geheim van de raadkamer van kracht is.

Een registrerende straftoemetingsdatabank zou het vertrouwen in de rechterlijke macht niet versterken door openbaarmaking van sappige frasen aan het publiek, maar door de rechterlijke macht intern in staat te stellen om met behulp van een gemeenschappelijk op te bouwen kennisbron tot een meer samenhangend straftoemetingsbeleid te komen. Hiervoor is een verbinding tussen de 'informatie-eilanden' nodig, welke door de verschillende, afzonderlijke raadkamers worden gevormd, zodat tijdens de gedachtenvorming over individuele gevallen in de raadkamer, kennis kan worden genomen van de overwegingen en argumenten die eerder in andere raadkamers werden geformuleerd. De informatietechnologie biedt hier de mogelijkheid van een effectieve infrastructuur die tot voor kort niet bestond.

Alternatieven

Het gebruikelijke medium voor het registreren van gezaghebbende juridische vakkennis is de gepubliceerde jurisprudentie. Kennelijk vervullen de hiërarchische indeling van rechtsprekende organen, tezamen met beroeps- en cassatieprocedures en met de huidige publikatietraditie de juiste voorwaarden voor de openbare beantwoording van de meeste juridische beleidsvragen. De argumenten die onder deze omstandigheden worden aangevoerd voor het desalniettemin ontbreken van een meer verfijnd straftoemetingsbeleid betreffen vooral twee drempels: de door nauwgezet motiveren vergrote aanvechtbaarheid in hoger beroep en de als gevolg daarvan weer te verwachten toename van beroepszaken. Deze argumenten zijn evenwel universeel geldig voor onbeantwoorde juridische vraagstukken, zodat we het ontbreken van vakkennis ten aanzien van de straftoemeting als additionele oorzaak dienen te onderzoeken. Ons inziens dient dat onderzoek zijn beslag te krijgen in een registrerende databank die de blik van de discussies in de raadkamer verruimt tot de argumentaties van alle raadkamers gezamenlijk.

Wij achten de hiervan afwijkende voorstellen van Leyten (een speciale straftoematingskamer) en van Kelk (voorzieningen voor een contradictoire straftoematingsprocedure) minder aangewezen. Allereerst een praktische kanttekening: het aantal straftoematingszaken dat zal worden aangespannen kan (tenminste zolang nog geen beleid is geformuleerd) gemakkelijk astronomische proporties aannemen waartegen de competente instanties zich alleen kunnen verweren door hun beleid mede af te stemmen op strategische overwegingen die dat aantal weer in bedwang brengt.

Een minstens even belangrijk argument is het volgende. Wanneer thans algemeen aanvaarde vakkennis over straftoemeting ontbreekt, leiden beide voorgestelde oplossingen – wanneer ze daadwerkelijk zouden aanzetten tot meer toegespitste motiveringen – vermoedelijk tot een openbare Babylonische argumentatie waarin de hogere rechter alleen op basis van gezag orde zal kunnen scheppen. Het verdient ons inziens de voorkeur een meer democratische weg te volgen. De thans bestaande straftoemetingstraditie steunt vooral op de individuele en authentieke afwegingen van rechters. De daarbij ontwikkelde methoden en werkwijzen zijn zonder twijfel verbonden met de persoonlijke integriteit. Algemene voorschriften en richtlijnen zullen slechts met een kleine minderheid uit het door alle rechters samengestelde repertoire van persoonlijke afwegingsmethoden kunnen overeenkomen. De autoritaire ontwikkeling van algemene straftoematingswerkwijzen zal daarmee leiden tot onvrede bij rechters die deze richtlijnen ervaren als in strijd met hun persoonlijke integriteit.

Een bekende minimumeis die wordt gesteld aan het herkennen van een rechtssysteem als rechtssysteem is de aanvaarding ervan door zijn eigen rechters (Hart, 1961). Vanuit deze invalshoek is de verwezenlijking van een infrastructuur die tot een door de rechterlijke macht gezamenlijk te formuleren straftoematingsbeleid kan aanzetten verre te verkiezen. De eerder gesignaleerde beweging van individuele naar inter-subjectieve straftoematings-expertise bestempelt deze weg niet bij voorbaat tot een kansloze.

Noot

¹ De overwegingen in dit stuk komen voor rekening van de auteur. Deze heeft kunnen profiteren van de gedachtenvorming die in het kader van de definitie van een onderzoeksproject in de geest als hierboven beschreven heeft plaatsgevonden. Daarbij gaat de erkentelijkheid uit naar mrs. Werkhoven en Van der Pol (leden van de Werkgroep Straftoemeting van de NVvR) alsmede naar drs. Van den Berg (projectleider ontwikkeling COMPAS bij Bakkenist Consultants) en naar drs. Vollbehr die zijn bevindingen met de experimentele straftoemetingsdatabank MURPHY ter beschikking stelde. De afdeling Recht & Informatica, alsmede het facultaire onderzoekscentrum voor Recht & Beleid hebben, mogelijk ongewild, hun gewaardeerde stempel gedrukt op de gedachtenvorming.

Literatuur

Berghuis, A.C.

De harde en de zachte hand; een statistische analyse van verschillen in sanctiebeleid

Trema, 15e jrg., nr. 3, 1992, pp. 84-93

Frijda, L.

Eventuele Straatsburgse aanbevelingen over straftoemeting

Trema, 15e jrg., nr. 3, 1992, pp. 94-101

Hart, H.L.A.

The concept of law
Oxford, 1961

Kelk, C.

Straftoemeting; een proces van wikken en wegen

Trema, 15e jrg., nr. 3, 1992, pp. 112-125

Kunneman, H.

Habermas' theorie van het communicatieve handelen

Meppel/Amsterdam, Boom, 1983

Leyten, J.C.M.

Eigen wijsheid en andermans recht
Nederlands juristenblad, 1989, pp. 1660-1663

Mulder, R.V. de

Een model voor juridische informatica

Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1984 (dissertatie Rotterdam)

Schmidt, A.H.J., J.H. van den Herik

How to validate a legal knowledge-based system

In: Kracht, D., C.N.J. De Vey Mestdagh e.a. (red.), *Legal knowledge based systems, an overview of criteria for validation and practical use*. Lelystad, Koninklijke Vermande BV, Lelystad, 1990

Schmidt, A.H.J., H.G. de Koning
Rechtsgemiddelden

NJB, 1992, pp. 891-895

Veen, Th.W. van e.a.

VI tenzij Rapport van de Commissie Voorwaardelijke Invrijheidstelling

Den Haag, Ministerie van Justitie, 1982

Vollbehr, W.

Rapport straftoemetingsdatabank MURPHY

Amsterdam, Instituut voor Vrije Universiteit Amsterdam, Informatica en Recht, 1990